

Régimen Legal de Bogotá D.C. © Propiedad de la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.	
Sentencia C-372 de 1994 Corte Constitucional	
Fecha de Expedición:	25/08/1994
Fecha de Entrada en Vigencia:	25/08/1994
Medio de Publicación:	Gaceta de la Corte Constitucional

[Ver temas del documento](#)

Contenido del Documento



SENTENCIA C-372 DE 1994

FUNDACION DE CAPITAL MIXTO/AUXILIOS O DONACIONES/CONTROL FISCAL-Inexistencia/NORMA CONSTITUCIONAL-Inexequibilidad

La asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior, para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. Pues una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo. Por lo anterior, la Corte se verá en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto permite que se manejen los recursos públicos con criterios de derecho privado y adecuados, no con la justicia distributiva, sino conmutativa, con lo cual se omite la presencia del interés general en los recursos públicos, así como su prevalencia natural. La declaración de inexequibilidad del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se sometan a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público.

Referencia: expediente D-520

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, "Por el cual se dictan normas sobre Sociedades de Economía Mixta"

Actora: María Isabel Ceballos Del Fresno

Tema: Los auxilios y donaciones del artículo 355 de la C.N.

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto mil novecientos noventa y cuatro (1994)

I. ANTECEDENTES

La ciudadana MARIA ISABEL CEBALLOS DEL FRESNO, haciendo uso de la acción de inconstitucionalidad autorizada en el artículo 241 de la Constitución Política, solicita a esta Corporación declarar la inexequibilidad del artículo 6o. del Decreto 130 del 26 de enero de 1976, expedido por el señor Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por la Ley 28 de 1974.

Cumplidos los trámites que ordena la Constitución Política y la ley para este tipo de acciones, y finalmente oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, procede la Corporación a dictar sentencia.

II. LA NORMA ACUSADA

"Decreto No. 130 de 1976

(enero 26)

"Por el cual se dictan normas sobre Sociedades de Economía Mixta.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de sus facultades constitucionales y legales y en especial de las extraordinarias que le confiere la Ley 28 de 1974, oída la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado

"DECRETA:

".....

"Artículo 6o. De las Corporaciones y Fundaciones de Participación Mixta. Sin perjuicio de lo que normas especiales tengan establecido para algunas de ellas, las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con recursos o participación de entidades públicas y de particulares, se someterán a las normas previstas para las Corporaciones o Fundaciones, según el caso, en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes".

III. LA DEMANDA

La demandante considera que el precepto viola el artículo 355 de la Constitución Política, con fundamento en lo siguiente:

- Que el artículo 6o. demandado se encuentra derogado por la nueva Carta Política (artículo 9o., Ley 153 de 1887).
- Que "las personas jurídicas de derecho privado se dividen en dos grandes clases: Corporaciones o asociaciones o conjunto de personas y fundaciones o conjunto de bienes (art. 633 del Código Civil)". (Cita sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del 21 de agosto de 1960, Sala de Negocios Generales).
- Que las "fundaciones son instituciones que giran alrededor de un patrimonio, independientemente de toda agrupación de personas, por tal razón los aportes efectuados tanto por los fundadores como por los benefactores posteriores siempre tendrán el carácter de donación. De esta manera cualquier aporte del Estado en una fundación será una donación".
- Que la aportación originaria o posterior a una Corporación, implica una verdadera donación en tomar de la Corporación, en la medida en que los afiliados no perciben ningún dividendo o utilidad como contraprestación, ni tampoco puede reclamar el aporte y su valorización al momento de la extinción de la persona jurídica, cuyos bienes (patrimonio) habrán de pasar a otra entidad sin ánimo de lucro que desarrolle similares actividades".
- Que la "falta de ánimo de lucro implica la falta de contraprestación en favor de la entidad pública o del particular, quienes solamente adquieren ciertos privilegios y servicios previo el pago de su tarifa y de las respectivas cuotas de sostenimiento, lo que hace que el aporte hecho por los corporados o fundadores sea absolutamente gratuito".
- Que es indiscutible que la naturaleza jurídica de las fundaciones y corporaciones es la de personas jurídicas, regidas por las disposiciones del Derecho privado. (art. 5o. Decreto No. 3130 de 1968).
- Que la "nueva Carta, prohibió de manera categórica, que las ramas u órganos del poder público decretaran auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado".
- Que el concepto de donación del artículo 1443 del Código Civil, "es aplicable a las donaciones efectuadas por personas jurídicas. Esto en consideración a que las donaciones revocables o por causa de muerte sólo pueden hacerlas las personas naturales".
- Que la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia del 30 de octubre de 1978 definió la naturaleza contractual y las características de la donación.
- Que el "auxilio, es una donación calificada en cuanto al sujeto que la efectúa por tratarse de entidades u órganos del poder público".

- Que "el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 autoriza a las entidades públicas a formar parte en corporaciones privadas sin ánimo de lucro y fundaciones, efectuando el respectivo aporte, el cual como quedó visto siempre tendrá la calidad de donación, por cuanto todo aporte que realice una entidad pública a otra entidad privada, tenga ánimo de lucro o no en forma gratuita, irrevocable, liberal, unilateral, sin contraprestación alguna, constituye una donación violándose el artículo 355 de la Carta Política".

- Que "siendo las fundaciones y las corporaciones sin ánimo de lucro personas jurídicas de derecho privado, le está vedado a las entidades estatales, efectuar cualquier auxilio o donación en favor de éstas, concluyéndose de lo anterior que por norma constitucional quedaron proscritas las corporaciones y fundaciones de participación mixta, es decir, aquellas cuyo patrimonio se forma con aportes estatales y aportes del sector privado".

IV. INTERVENCION DE AUTORIDADES PUBLICAS

1. El Ministro de Hacienda y Crédito Público, mediante apoderado que, además actúa como ciudadano en ejercicio, dentro del término previsto en el artículo 7o. del Decreto 2067 de 1991, procedió a defender la constitucionalidad de la norma acusada en los términos que a continuación se resumen:

- Que el Estado Social de Derecho (artículos 1o. y 2o. de la constitución Política) tiene como propósito "privilegiar lo real sobre lo formal".

- Que la exigencia del plan nacional de desarrollo (art. 341 de la C.N.), no se puede exigir al actual Gobierno. (Corte Constitucional, sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

- Que "una norma no puede ser creada para obstaculizar la acción del Estado e impedir su buen funcionamiento hasta el punto de sustraerse de las obligaciones de mayor calidad que comporta su accionar".

- Que "así como el Estado puede contar con la colaboración de los particulares para el desarrollo de una empresa que genere réditos, así también puede reunir esfuerzos para el beneficio del interés público".

- Que del artículo 355 de la C.N., "se puede concluir que en su segundo inciso ya no se está hablando de auxilio o donación sino de otra figura constitucional por medio de la cual el Estado cumple con su fin primordial o, como en ella misma se lee, con un propósito de interés público. En nuestro ordenamiento constitucional la prestación de servicios públicos (que en ocasiones también resultan de interés público), no sólo se encuentran a cargo de la administración, sino que los particulares también se incorporan al sistema. En igual sentido, no existe la donación o auxilio cuando la entidad no tiene el carácter de ser una persona natural o jurídica de derecho privado. Esta diferencia es notable pues, por su naturaleza, el auxilio se dirige a entidades privadas. Si es en cumplimiento de una obligación constitucional o legal su naturaleza muta, pues, precisamente, el Estado ha sido la creación colectiva que por excelencia se encuentra destinada a no derivar ningún beneficio particular en su accionar ni contraprestación alguna por el mismo, aunque, eventualmente algunas de sus entidades así lo hagan, pero sobre la base de que se encuentra concernido el interés general".

- Que la ley de habilitaciones tenía relación con la administración pública.

Que la "inclusión de las fundaciones o corporaciones de naturaleza mixta en un decreto que versa igualmente sobre sociedades de economía mixta obedece a la extrapolación que resulta de la presentación del Estado con propósitos de lucro (sociedades de economía mixta) asociado con particulares, y del Estado con propósitos de interés público, en donde la asociación con estos en el acto de creación, no se encuentra proscrita".

- Que "la norma examinada no se fundamenta en el artículo 355 constitucional. Entre las funciones atribuidas al Congreso de la República está la de expedir leyes relacionadas con la creación, supresión o fusión de entidades del orden nacional y la autorización de empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta (art. 150-7 ib.). La anterior atribución es ejercida, a iniciativa del Gobierno Nacional, de conformidad con el inciso 2o. del artículo 154 a nivel presupuestal (art. 345 y ss. de la Constitución Política, deben tenerse en cuenta la serie de compromisos que el Gobierno Nacional adquiere para el cumplimiento de las funciones que la Constitución y las leyes le han definido, so pena de sustraerse de la principal labor que el Estatuto Fundamental le asigna en la tridivisión del poder público, velar por el cumplimiento de la ley en todo el territorio nacional. Y si bien, no toda actividad de interés público constituye un servicio público no se puede desatender que exista una intersección entre estos términos, lo que hace evidente acudir a otro basamento constitucional cual es el establecido en el artículo 365".

2. El doctor MIGUEL SILVA PINZON, en su carácter de Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, solicita a la Corporación declarar exequible el artículo 6o. acusado, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

- Que "es claro que el artículo 355 de la Constitución Política no prohíbe los pagos que haga el Estado para satisfacer los derechos de los habitantes ni impide utilizar los medios adecuados para ello".
- Que de conformidad con el artículo 1443 del Código Civil las donaciones "implican la transferencia gratuita e irrevocable de unos bienes".
- Que la prohibición de los auxilios dispuso "la imposibilidad jurídica de destinar partidas presupuestales a título gratuito a favor de particulares para apoyar las actividades que los mismos desarrollan".
- Que en ocasiones se ha interpretado el artículo 355 de la C.N. de manera aislada, sin comprender funciones de rango constitucional que no pueden ser eludidas por el Estado (artículos 1o. y 2o. de la C.N.).
- Que al "definir a Colombia como un Estado Social de Derecho, la Constitución Política, consagró, como lo ha precisado la H. Corte, el principio de que el Estado no es simplemente una organización jurídica, cuyas actuaciones están claramente determinadas por la ley preexistente, sino que el mismo tiene como propósito fundamental asegurar el respeto y la satisfacción de los derechos fundamentales de los habitantes. El Estado se funda en la dignidad humana, lo cual le impone tomar las disposiciones necesarias para

asegurar el respeto de todo aquello que es inherente a la misma, y todo lo que ella requiere para su desarrollo".

- Que "las diversas disposiciones de la Constitución Política deben interpretarse en concordancia con el fundamento y finalidad del Estado en la nueva Carta. La prohibición constitucional que consagra el primer inciso del artículo 355 de la Carta no puede entenderse en el sentido de impedir aquellos pagos que la administración debe hacer en virtud de una clara obligación constitucional o de un precepto legal que a su turno constituya el estricto desarrollo de un principio constitucional".

- Que "los pagos que realiza el Estado para atender derechos fundamentales no constituyen auxilios o donaciones".

- Que de acuerdo con el artículo 136 de la Carta, "aquellos pagos que se efectúen con el propósito de satisfacer derechos preexistentes -como sucede con los derechos que consagra la propia Constitución y sus desarrollos legales-, son constitucionalmente lícitos pues no constituyen actos gratuitos".

- Que "la excepción prevista por el segundo inciso del artículo 355 de la Carta expresamente se refiere a la posibilidad de celebrar contratos para dar impulso o apoyo a las actividades de interés público que desarrollen los particulares".

- Que los aportes de las entidades públicas a corporaciones y fundaciones mixtas, como miembro de las mismas, "no violan el artículo 355 de la Carta, por las siguientes consideraciones: en primer lugar, tales aportes no constituyen un auxilio o donación; en segundo lugar, dichas personas jurídicas no son personas de derecho privado en los términos del artículo 355 de la Carta, y en tercer términos, la Constitución parte de la base de que debe existir una colaboración del Estado y los particulares, para lograr lo fines de la comunidad política, la cual debe poder desarrollarse a través de la Constitución de personas jurídicas".

- Que el artículo 2o. de la Ley 80 de 1993, "por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la administración pública", establece que son entidades estatales las **"personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria,** cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles".

- Que "el sentido mismo de la fundación, como afectación de bienes a un fin de interés público, no pugna con los principios de la organización del Estado", sino que, por el contrario, la ordena en varias disposiciones (artículos 48, 70 y 71 C.N.).

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador General de la Nación, mediante oficio No. 406 del 22 de abril de 1994, y en cumplimiento de lo dispuesto en los numerales 2o. del artículo 242 y 5o. del artículo 278 de la Carta Política, procedió a rendir el concepto de constitucionalidad en el proceso de la referencia, en el cual solicita a la Corte Constitucional declarar "EXEQUIBLE" el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, con fundamento en las razones siguientes:

- Que el artículo 355 de la Constitución Política, se refiere a "los pagos que realiza una entidad pública a favor de una persona de derecho privado a título gratuito".

- Que los antecedentes en la Asamblea Nacional Constituyente, no muestran el propósito de éste de impedir el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, "sino el de evitar que los recursos de éste se entregaran a particulares para que éstos últimos desarrollaran actividades que podrían considerarse benéficas, pero en las cuales el particular decidía sobre la ejecución misma de los recursos. Se dijo entonces, en forma categórica, en las ponencias respectivas, que el artículo 355 radicaba el gasto público en cabeza de las entidades públicas".

- Que la naturaleza mixta de las personas jurídicas a que se refiere la norma acusada "impide otorgarles un carácter netamente privado".

- Que los aportes para constituir una persona sin ánimo de lucro no son donaciones, "... y cuando el Estado participa en una fundación o corporación mixta lo hace para cumplir por ese medio sus deberes constitucionales".

(Lo anterior corresponde al proyecto de sentencia presentado a la Sala Plena de la Corporación por el h. magistrado Fabio Morón Díaz).

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5o. de artículo 241 de la Constitución Política, toda vez que el precepto acusado hace parte de un decreto con fuerza de ley, expedido en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al señor Presidente de la República.

2. Los fundamentos de la prohibición constitucional de las ramas y órganos del poder público de decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado

Para los efectos de dilucidar el cargo que la actora formula en contra de la constitucionalidad del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, por la presunta vulneración del artículo 355 superior, la Corte estima indispensable consultar el propósito que llevó al Constituyente de 1991 a prohibirle a las ramas u órganos del poder público "decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado". Lo anterior porque, en el asunto bajo examen, no puede esta Corporación desatender el espíritu del Constituyente, toda vez que éste se impone sobre los propios términos en que se expresa, de suerte que una simple interpretación literal resultaría, en esta oportunidad, insuficiente.

La Constitución Política de 1886, dentro del ámbito de competencias del Congreso de la República, incluyó el fomento de "empresas útiles y benéficas, dignas de estímulo o apoyo" y, a su vez, confirió a las Asambleas departamentales la facultad de fomentar industrias, con los recursos propios de la respectiva entidad territorial. Esta preceptiva permaneció en vigor hasta el momento en que operó la derogación de dicha Carta por

parte de la Constitución de 1991. Sin embargo, resulta pertinente anotar que bajo la reforma de 1945, se condicionó la referida facultad del legislativo a la "estricta sujeción a los planos y programas correspondientes".

De igual forma, conviene señalar que la reforma constitucional de 1968, consolidó la posibilidad de otorgar esos auxilios y ayudas no sólo en referencia al Congreso sino también respecto de las Asambleas y de los Concejos municipales (Art. 187, inciso 3o.). En lo que atañe al Congreso, el acto legislativo número 1 de ese año, reservó en forma exclusiva al gobierno la iniciativa de los proyectos de ley sobre el gasto público, dejándoles a los congresistas, como contrapartida por la pérdida de competencia y a título de excepción, la libre iniciativa en los proyectos atinentes al fomento "de las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes", según los términos del ordinal 20 del artículo 76 superior.

La compatibilidad y mutua correspondencia entre el interés público y el interés privado, orientó la intención loable de procurar ayuda a entidades dedicadas al desarrollo de objetivos de índole social, cultural o de asistencia, merecedoras de dicho apoyo. Concretamente el Constituyente de 1968 persiguió la finalidad de atender pequeñas necesidades que por su naturaleza, pasaban inadvertidas para los grandes planes de inversión estatal, permitiéndole a los miembros del Congreso destinar unos recursos a la atención de obras en sus comunidades con las cuales tenían especial interés y mayor contacto.

Debe admitirse que el objetivo que en este campo la reforma de 1968 pretendía realizar, se cumplió cabalmente durante las primeras etapas de vigencia de la misma. Las cuotas presupuestales que cada uno de los congresistas recibían eran invertidas en sus respectivas circunscripciones electorales para el impulso de empresas útiles o benéficas. Empero, bien pronto, prácticas politiqueras empezaron a desvirtuar el fin para el cual fue concebida la norma comentada, generando una distorsión de tal magnitud que vino a constituirse en una de las mayores fuentes de corrupción, desprestigio y envilecimiento de la función legislativa. La perversión aludida se valió del expediente de crear un sinnúmero de corporaciones o fundaciones privadas hacia las cuales se desviaron los recursos. Proliferaron, entonces, las actividades dignas de estímulo, las consiguientes instituciones y por ende las leyes de auxilios como mecanismo apropiado para conceder favores y obtener a cambio la conservación o el aumento de clientelas políticas.

Por lo demás la degradación del sistema de los auxilios parlamentarios condujo, entre otras cosas, a favorecer desequilibrios regionales derivados de la diferente proporción en que cada región estaba representada, sin contar las ocasiones en que el poder ejecutivo se reservaba una parte que luego repartía entre algunos congresistas, particularmente entre los integrantes de las comisiones de presupuesto de una y otra cámara. Asimismo, las partidas decretadas con base en el ordinal 20 del artículo 76 superior, aumentaron considerablemente en número y cuantía a punto tal que llegaron a comprometer ingentes cantidades que, por esa vía, se deslizaban hacia el patrimonio personal del congresista o hacia la financiación de campañas electorales. De ahí que la magnitud de las sumas no correspondiera a la eficiencia esperada del gasto público, puesto que en contraste radical con el acrecentamiento de esta fuente de despilfarro se tornó patente la ausencia de adecuados y efectivos mecanismos de control sobre la destinación e inversión de esos recursos.

Cabe anotar que las anteriores manifestaciones patológicas expandieron el campo de su actuación debido a que las facultades que la reforma de 1968 confirió en idéntico sentido a Asambleas y Concejos Municipales fueron aprovechadas para reproducir en las diversas secciones territoriales los vicios que a nivel nacional habían hecho carrera.

Importantes sectores de la opinión pública hicieron explícito rechazo de semejantes conductas que contribuyeron decisivamente a deformar la imagen del Congreso. Ello explica por qué el proceso que condujo a la expedición de la Carta Política de 1991, muestra una notable insistencia en la reforma de esta institución vital para la democracia. Por ello, puede decirse que cuando el Constituyente decidió eliminar los denominados auxilios parlamentarios, no sólo a nivel del Congreso sino también a nivel de las restantes corporaciones públicas de elección popular, no hizo otra cosa que otorgarle expresión jurídica a una voluntad política que de manera reiterada se había mostrado contraria a la perpetuación de una práctica nociva que solía ocultar su verdadera fisonomía, bajo el manto de pretendidas instituciones de utilidad común o de fundaciones de similar cometido. Sobre el particular, conviene remitirse a la exposición de motivos del "Proyecto de Acto Constituyente de Vigencia Inmediata", por medio del cual algunos dignatarios buscaban que la Asamblea Nacional Constituyente dictara en forma urgente medidas tendientes a controlar los abusos derivados del manejo de los denominados "auxilios parlamentarios". En efecto, en dicha oportunidad se afirmó:

*"Inicialmente todos los auxilios se destinaban para ejecución directa por los municipios, juntas de acción comunal o agencias gubernamentales. **A la vuelta de pocos años, sin embargo, alguien se inventó la figura de las fundaciones o corporaciones privadas como destinatarias de los recursos y se las ingenió para, a través de ellas, manejar autónomamente fondos públicos, prácticamente sin control fiscal; lo que permitió inclusive atender con ellos gastos o inversiones personales del congresista que decretaba el auxilio o el pago de activistas electorales y el directo soborno a jefes municipales o comunales.***

"Ensayado el sistema con éxito por unos pocos, rápidamente cundió, al punto que de las partidas decretadas para la vigencia fiscal de 1991, según el presupuesto aprobado por el Congreso en el segundo semestre de 1990, algo más del NOVENTA POR CIENTO (90%), se destina a personas jurídicas privadas, con fines tan generales que equivalen a cualquier cosa y sólo el nueve y medio por ciento (9.5%) se lleva a ejecución directa por los municipios, agencias del gobierno y juntas de acción comunal.

"Lo anterior, pese a que el artículo 76, numeral 20 de la constitución obliga a sujetar estrictamente tales recursos a los planes y programas de fomento regional. La desviación sucede porque, como dice el señor Contralor General, la norma que reglamenta dicho artículo, dictada por el mismo congreso, la ley 25 de 1977, 'es lo suficientemente amplia y en la práctica autoriza cualquier tipo de gasto con ellos'.

"La evolución de las cuantías destinadas a auxilios parlamentarios ha tomado características alarmantes en el tiempo reciente. Mientras entre 1980 y 1990 crecieron en un promedio de 21.9% anual, hasta llegar a DOCE MIL MILLONES de pesos en el último de tales años, para 1991 la partida decretada por el Congreso y distribuida entre los diversos ministerios, supera los VEINTISIETE MIL MILLONES. Es decir, para el año en curso el total decretado dio el impresionante salto de doce mil a veintisiete mil millones, superando en más de seis veces el promedio anual de los últimos once años. ¿Sería el

último estertor de un sistema que todos sabíamos condenado a su fin en la Asamblea Constituyente?

"Esta cuantía significa un promedio de 86 millones por parlamentario, de su libre disposición, sin control de ninguna especie, porque como lo confiesa el mismo Contralor General, 'hasta el presente la tarea fiscalizadora ha sido, francamente, escasa, en parte debido al crecido control de los dineros públicos que manejan las sociedades de utilidad común es escaso, el de los que llegan a las personas naturales es inexistente'. (Informe Financiero del Contralor, Enero de 1991).

"En otras palabras, estamos ante el hecho cierto de veintisiete mil millones de recursos nacionales sin control alguno.

"Claro que el promedio antedicho, de 86 millones por congresista, en la práctica presenta enormes distancias entre unos y otros. En un examen preliminar de los auxilios decretados para 1991, se encuentra que algunos parlamentarios encauzan hacia sus fundaciones cerca de cuatrocientos millones de pesos, mientras otros solamente disponen de treinta o cuarenta millones. Esa diferencia obedece a múltiples razones, la mayoría de ellas muy poco santas.

"Por desgracia, el mal ha hecho metástasis en todo el sistema colegiado del país. Lo que sucede con los auxilios decretados por los congresistas, se repite en las asambleas departamentales y en los concejos municipales. Según los más conservadores cálculos, las partidas de las que disponen libremente los diputados y concejales superan los cuarenta mil millones de pesos. Para la muestra un botón: en Bogotá D.E. son cerca de 2.400 millones y no hay asamblea, por pobre que sea su departamento, en la que esta cifra baje de 1.000 millones.

"En total, por consiguiente, estamos ante la abrumadora cifra de setenta mil millones pesos del erario público que este año de gracia de 1991, podrían gastarse sin control y muchas veces, con fines torticeros, muy distintos a los del bien común. Es sin duda, una fuente de corrupción que debe extirparse.

"La Comisión cuarta de esta Asamblea Constituyente aprobó ya la total eliminación de los auxilios parlamentarios. Esta prohibición será sin duda ratificada por el plenario. Pero obrará hacia adelante. Mientras tanto, si no hacemos algo, permitiremos que culmine una irregularidad sin nombre con la cifra más alta de la historia. No tendríamos justificación ni perdón si lo hiciéramos"¹ (Negrillas fuera de texto original).

Las anteriores consideraciones demuestran y justifican la contundente prohibición que contiene el artículo 355 de la Constitución, el cual, por lo demás, responde a un propósito loable de indudable carácter corrector de situaciones anómalas que se busca suprimir definitivamente.

3. El artículo 60. del Decreto 130 1976 y su relación con la prohibición constitucional de decretar auxilios.

Como se señaló anteriormente, la Carta Política erradicó la posibilidad de que las ramas u órganos del poder público decreten en favor de personas de derecho privado cualquier auxilio o donación, básicamente por tres motivos, y buscando una finalidad. En cuanto a

los motivos -conviene reiterarlo-, se encuentran, en primer lugar, los evidentes efectos nocivos que suscitó una mala interpretación de la filosofía inspiradora de la reforma de 1968 que, en lugar de fortalecer la justicia social como norma directriz del gasto público, hizo que éste careciera de un control de ejecución. En segundo lugar, los recursos públicos asignados a la entidad privada se estaban manejando con un criterio que no siempre coincidía con los planes y programas de desarrollo, desconociendo así la obligación de procurar el bienestar común, la consolidación de un orden justo y la prevalencia del interés general. Finalmente, la línea determinante en la distribución de recursos no era, propiamente, la justicia, sino la liberalidad; es decir, no había un criterio de dar a cada cual según sus necesidades y de acuerdo con un plan basado en el interés general, sino que se destinaban los bienes del Estado de conformidad con la voluntad subjetiva y algunas veces arbitraria del individuo facultado para ello. En cuanto al fin que busca la norma superior que erradica los denominados "auxilios parlamentarios" (Art. 355 C.P.), es claro que se procura que exista un control previo y posterior al destino y ejecución de los dineros públicos destinados a la realización de actividades conjuntas de interés público o social, siendo esa es la razón de ser del Contrato que se estipula en el inciso segundo del artículo superior en comento.

Ahora bien, debe la Corte, en esta oportunidad, interpretar los alcances jurídicos de los términos "donación" y "auxilios" contenidos en el artículo 355 superior. Al respecto, conviene recordar que la regulación constitucional del asunto en mención, se hizo no sólo desde un punto de vista jurídico, sino también bajo una consideración de orden político, habida cuenta de la evidente desatención que la rama legislativa del poder público hizo a una facultad que, en principio, resultaba a todas luces loable e, inclusive, necesaria.

Es cierto que en principio, en estricto sentido jurídico, puede haber una diferencia entre las donaciones y los auxilios, por cuanto en las primeras hay una bilateralidad (surgen de un contrato), mientras que en los segundos lo que se presenta es un acto unilateral, sin retribución y compromiso vinculante por parte del que recibe los aportes. Pero para esta Corporación, la interpretación de estos términos dentro del contexto del artículo 355 superior significa que, en los dos eventos, se está frente, no a un acto de justicia distributiva por parte del Estado -como concreción del interés general en un sector determinado- sino de liberalidad, lo cual es contrario a la función natural del aparato estatal, pues éste no puede asumir tales conductas con los dineros y bienes que la sociedad en general le encomienda, pues sus actos deben ser, se repite, intérpretes de las finalidades esenciales contenidas en el artículo 2o. de la Carta y, en particular, de la búsqueda de la prosperidad general, a través de la implementación de una verdadera justicia distributiva.

No sobra señalar que estas consideraciones hacen alusión a los casos en que el Estado realice un acto traslativo de dominio sin contraprestación alguna, es decir, aquellos eventos en los que el aporte estatal se centra en entidades sometidas a un régimen de derecho privado, que persigan un interés público o social y que no tengan un ánimo de lucro. Por ello la Corte advierte, de una vez, que personas jurídicas como las sociedades de economía mixta, no son objeto del presente fallo, por cuanto con ellas sí hay retribución, y no mera liberalidad. En otras palabras, en este caso, el Estado, desde un principio, tiene un control y una previsión de lo que va a ocurrir con los recursos sociales o públicos y, además, busca un fin lucrativo el cual se concreta con la distribución de utilidades o con la entrega de cuota social correspondiente una vez finalizado el proceso de liquidación de la entidad.

Sentadas las anteriores premisas, procede la Corte a examinar las implicaciones constitucionales del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976. Dicha norma establece que las personas jurídicas que se creen para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, y con participación de capital estatal y privado, se regirán por las normas correspondientes previstas en la legislación civil. Debe esta Corporación señalar que esta disposición contraría lo preceptuado en el artículo 355 superior, por dos razones principales:

A) Las personas jurídicas que se creen para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, y con participación de capital estatal y privado, son personas de derecho privado para efectos del artículo 355 de la Carta Política.

Si bien la Corte no desconoce la discusión existente respecto del régimen jurídico aplicable a las entidades que se creen con capital mixto, como en este caso las fundaciones de que trata el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, debe señalar que, para los efectos del asunto bajo examen, éstas son personas jurídicas de derecho privado. Lo anterior se fundamenta, en primer lugar, en el hecho de que las fundaciones a que alude la norma acusada están bajo la confusión de un círculo vicioso, puesto que se dice que son mixtas porque reciben aportes del Estado, y a su vez, que reciben el aporte estatal en virtud de su calidad de mixtas; de manera que un efecto se fundamenta en el otro efecto, sin verdadero principio causal de razón suficiente que ordene las dos consecuencias jurídicas. Pero, adicionalmente, cuando el artículo 6o. en mención les otorga a las entidades referidas un tratamiento jurídico de personas de derecho privado, pues señala: "se someterán a las normas previstas (...) en el Código Civil y demás disposiciones pertinentes", está describiendo una conducta que encaja directamente en el inciso primero del artículo 355 superior, y específicamente se relaciona con el sujeto pasivo objeto de la prohibición constitucional. Por lo demás, debe advertirse que cuando esta norma se refiere a "personas naturales o jurídicas de *derecho* privado", no señala que se atienda a la estructura de la persona jurídica en sí, sino al régimen jurídico aplicable, por eso dice: "de derecho privado", manifestando con ello la normatividad a la que se deben someter.

B) La participación del Estado en las fundaciones de capital mixto, según lo establece el artículo 6o. acusado, se constituye en una negociación ajena a cualquier tipo de control y, por ende, prohibida por el artículo 355 de la Carta Política.

Sin olvidar que, para esta Corporación, la asignación de un capital público a una fundación que cuente también con aportes privados, se enmarca dentro de los criterios de donación o auxilio sancionados por el artículo 355 superior, para la Corte esa liberalidad desconoce el espíritu del Constituyente por tratarse de una facultad sin control fiscal alguno. En efecto, la simple lectura de la norma acusada permite concluir que una vez realizada la transacción económica por parte del Estado en favor de la fundación de capital mixto, ésta podrá disponer de esos bienes de conformidad con su libre albedrío y sin ningún tipo de observancia por parte de los entes fiscalizadores competentes. Tamaña facultad implica, ni más ni menos, abrir una puerta a espaldas de la Constitución Política para que se destinen los recursos del Estado a fines censurables que desconozcan de paso la vigencia del Estado social de derecho, la prevalencia del interés general y la búsqueda constante y necesaria de un orden social justo.

Por lo anterior, la Corte se verá en la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada, por cuanto permite que se manejen los recursos públicos con criterios de derecho privado y adecuados, no con la justicia distributiva, sino conmutativa, con lo cual se omite la presencia del interés general en los recursos públicos, así como su prevalencia natural.

4. La posibilidad de que el Estado pueda participar junto con los particulares en actividades de interés público o social.

La Carta Política establece, en sus artículos 1o. y 2o., que Colombia es un Estado social de derecho, participativo y pluralista, cuya finalidad esencial es, entre otras, la de promover la prosperidad general, facilitar la participación, garantizar los principios y deberes consagrados a nivel constitucional, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden social justo y proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias derechos y libertades. Estos compromisos del Estado colombiano se fundamentan en gran parte en el calificativo de "Estado social de derecho", cuyos alcances constitucionales han sido definidos por esta Corte en los siguientes términos:

"Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo primero (de la Constitución Política):

*"a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano **es tal**, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.*

"b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales (Cfr. Luciano PAREJO ALONSO, "Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991).

"El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

"En síntesis, la Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales"² (Paréntesis fuera de texto original).

En otro pronunciamiento se puntualizó:

"El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección.

"Del principio de Estado social de derecho se deducen diversos mandatos y obligaciones constitucionales: primariamente, el Congreso tiene la tarea de adoptar las medidas legislativas necesarias para construir un orden político, económico y social justo (Preámbulo, CP art. 2). Por otra parte, el Estado y la sociedad en su conjunto, de conformidad con los principios de la dignidad humana y de la solidaridad (CP art.1), deben contribuir a garantizar a toda persona el mínimo vital para una existencia digna.

"El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad".³

De lo visto se puede colegir que la primacía de los principios y derechos contenidos en la Constitución, requiere de una distribución de competencias en forma participativa y coordinada entre el Estado y los asociados, pues así como al primero le corresponde cumplir con unos mandatos imperativos previstos en la Carta Política, a los segundos se les asigna el deber de colaborar con las autoridades y con sus conciudadanos para alcanzar esas mismas metas. Se trata, entonces, de un trabajo conjunto con un fin común: la consecución de los fines esenciales del Estado, esto es, del bienestar y la prosperidad de todos. El Estado social de derecho impone, pues, un mayor interés de los ciudadanos en procura de un interés colectivo. Estas metas, como se señaló, se alcanzan algunas veces en forma separada, es decir, el Estado y los particulares ocupándose cada uno de sus propias tareas. Pero en otras oportunidades, los caminos que han de recorrer unos y otros se entrecruzan de forma tal que la colaboración armónica permite el logro de unos fines específicos. Esta situación es permitida y avalada por la propia Constitución. En efecto, la Carta Política no sólo señala la obligación ciudadana de cumplir con los deberes previstos en el artículo 95, sino que además facilita la participación comunitaria en algunas tareas que, en principio, le corresponde asumir al Estado. Uno de esos caminos es el inciso segundo del artículo 335 superior que establece:

"El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia".

Los contratos a que hace relación la norma en comento, permitidos con el fin de

obviar los inconvenientes surgidos por la prohibición de decretar auxilios y donaciones, deben reunir las siguientes condiciones, a saber: a) Que con ellos se trate de impulsar programas y actividades de interés público, ya que si la causa es pública su destino debe

ser proporcionado a ella; b) que esos programas y actividades sean acordes con el plan nacional y los planes sectoriales de desarrollo. Nótese que la obligación se refiere a que el contrato esté "acorde", esto es, que esté conforme o en consonancia con las prioridades que en materia de gasto público establezca el Plan Nacional de Desarrollo (v.gr. educación, salud, saneamiento ambiental, agua potable, etc.), sin que ello signifique esos contratos deban hacer parte o deban estar incorporados a dicho Plan; 3) Que los recursos estén incorporados en los presupuestos de las correspondientes entidades territoriales; y, 4) Que se celebren con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.

El espíritu del Constituyente en este caso es claro: se establece un mecanismo jurídico para que las entidades de derecho privado, que reciban aportes del Estado y que persigan un fin de interés público o social -como es el caso de las fundaciones creadas en virtud del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976- cuenten con la posibilidad de seguir realizando las loables actividades que contribuyen al bienestar general. Es así como los contratos a los que se refiere el

inciso segundo del artículo 355 superior, constituyen una garantía para la sociedad sobre el adecuado manejo de los dineros y bienes públicos, evitándose el riesgo de una desviación del interés público hacia el interés hedonista. Por ello, el inciso comentado cambia el criterio de liberalidad por el de justicia, en el sentido de establecer un vínculo jurídico que obligue a la persona natural o jurídica que recibe los aportes, a cumplir con los términos del contrato y, a la vez, a someterse al control efectivo del Estado, tanto previo, de ejecución y posterior, con lo que se asegura el cumplimiento de la justicia distributiva, y la prevalencia del interés general. Además, debe señalarse que si las entidades sometidas a un régimen de derecho privado -como las fundaciones mixtas de que trata la norma acusada- no se vinculan y retribuyen a la sociedad de alguna forma, se contradiría en forma manifiesta el inciso primero del artículo 355 de la Carta, que prohíbe decretar donaciones o auxilios a tales entidades. La razón de ello es sencilla: si los bienes públicos tienen una destinación de interés general, propio -se insiste- de la justicia distributiva, entonces la norma acusada permite un contrasentido, pues el interés general se regularía con criterios privados, los cuales son propios, no de la ya referida justicia distributiva, sino de la conmutativa, es decir, de la que regula los intereses privados.

5. Consideraciones finales.

La declaración de inexequibilidad del artículo 6o. del Decreto 130 de 1976 por parte de esta Corporación, significa que, en adelante, las entidades privadas o mixtas sin ánimo de lucro que se sometan a un régimen de derecho privado sólo podrán adelantar sus tareas, y por ende recibir capital estatal, si celebran un contrato con el Gobierno Nacional, en los términos del artículo 355 de la Carta y de la reglamentación que se expida por parte de la rama ejecutiva del poder público.

Ahora bien, el señalado contrato debe estar conforme a los postulados del Plan Nacional de Desarrollo, el cual, hasta al momento no ha sido proferido por el Congreso de la República. Conviene entonces cuestionarse cuál es la situación jurídica de aquellas entidades de derecho privado que recibían aportes provenientes de capital público y que cumplían con algunas de las obligaciones esenciales del Estado, necesarias para la preservación de los derechos fundamentales de los asociados. Al respecto, la Corte Constitucional considera que, en virtud del vacío jurídico existente, las entidades a las que

se ha hecho referencia, entre ellas las creadas con base en el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976, podrán suscribir los contratos correspondientes con el Estado, los cuales deberán consultar el espíritu de la Carta Política e, igualmente, deberán ajustarse en su debida oportunidad a los principios que se determinen en el Plan Nacional de Desarrollo. La anterior significa la reiteración por parte de esta Corte de la jurisprudencia contenida en la Sentencia No. C-337 de 1993, en la cual se manifestó lo siguiente:

"Todo fin exige un medio proporcionado para su realización. De ahí que es natural que si el Estado tiene unos deberes esenciales, tenga también unos derechos para cumplir su misión. Aquí, pues, los deberes son el título jurídico de los derechos consecuenciales. En otras palabras, si existe un deber esencial e inaplazable, existe también el derecho a cumplir con ese deber, el cual está prescrito a cargo del Estado. Luego el Estado, y en este caso el Gobierno, cuenta con un título jurídico válido para realizar las acciones pertinentes encaminadas a la realización de los propósitos -que a su vez son deberes estatales- contenidos en los artículos 2o, 42, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 61, 67, 69, 79 y 366 de la Carta Política, entre otros.

"La Corte reconoce, sin embargo, que en este caso y ante el vacío jurídico existente, el derecho que permite al Estado el cumplimiento de sus deberes no está expreso. Pero como el deber si lo está, hay, por lo menos una facultad tácita como derivación natural de un deber que no sólo es irrenunciable, sino -se repite- inaplazable, pues así como el Constituyente quiso que las normas referentes al plan nacional de desarrollo se aplicaran a partir del próximo período presidencial, también quiso y exigió que el Estado cumpliera con sus deberes esenciales consagrados en los artículos señalados. Se trata, pues, de un claro caso en que es aplicable el artículo 4o. de la ley 153 de 1887 que señala: 'Los principios del derecho natural y las reglas de la jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos'.

"Adicionalmente, debe esta Corporación señalar que el presente pronunciamiento se basa, como todos los de la Corte, en el deber constitucional de guardar la integridad y supremacía de la Carta Política, según lo prescribe el artículo 241 superior. Lo anterior supone que la Corte tiene, pues, una doble misión unificada en guardar la supremacía integral de la Constitución, que consiste no solamente en garantizar la efectividad de ésta como 'norma de normas' (art. 4o. C.P.), sino en la permanencia incólume del Estatuto Superior como un todo integral.

"Integridad comprende, según el Diccionario de la Lengua Española, el calificativo de íntegro; a su vez, íntegro es 'aquello a que no falta ninguna de sus partes'. Luego la integridad de la Constitución significa la concurrencia de todas los preceptos que conforman la Carta Fundamental. y, de modo particular, los principios, derechos y deberes consagrados en ella. Luego la Corte debe velar porque los deberes esenciales al Estado Social de Derecho consagrados en los artículos 2o., 42, 44, 46, 47, 48, 49, 67 y 79 superiores, entre otros, no dejen de ser cumplidos, en virtud de la guarda de la integridad que tiene supremacía sobre cualquier otra consideración de tipo jurídico".⁴

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites previstos en el decreto

2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

JORGE ARANGO MEJIA

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaría General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA NO. C-372/94

ENTIDAD SIN ANIMO DE LUCRO/APORTES-Disposición/SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA (Salvamento de voto)

Los aportes que se realicen con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, por parte de entidades públicas del orden nacional, descentralizado, o territorial no son contrarias a la Constitución, pues esta misma autoriza la participación de particulares o de comunidades organizadas, en la prestación de servicios públicos, resultando acorde con la Constitución la concurrencia para tales fines entre acciones del estado y los particulares, por ejemplo, mediante empresas de economía mixta. No se trata con ellas de liberalidades constitutivas de privilegios en favor de particulares, ni de fraudulentos desvíos de los bienes que integran el tesoro público en beneficio privado, sino de la disposición de los mismos en interés público, en concurrencia con modalidades contractuales que combinan sus acciones, sin ánimo de lucro en interés público, y que resulten acordes con los planes nacionales y seccionales de desarrollo.

REF. Expediente D-520

Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6o. del Decreto 130 de 1976.

Los auxilios y donaciones del artículo 355 de la Constitución Nacional.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena de esta Honorable Corporación, salvamos nuestro voto por la decisión adoptada en el asunto de la referencia, de acuerdo con los siguientes criterios expuestos en la ponencia inicial y las acotaciones planteadas finalmente por los suscritos Magistrados, durante las discusiones ordinarias de la decisión.

La decisión tiene por objeto la determinación de la naturaleza jurídica de los aportes de las entidades públicas a las personas jurídicas que se creen con fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, de conformidad con las previsiones legales contenidas en el artículo 6o. de la Ley 130 de 1976; determinación de naturaleza, para valorar los alcances normativos del artículo 355 de la Constitución Política, en cuanto prohíbe el otorgamiento de auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Interesa de manera concreta a la decisión, establecer si esta prohibición constitucional es contraria a aquella autorización legal, o si en sentido inverso, resultan ambos preceptos compatibles.

Sobre la naturaleza de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 6o. acusado, ha sostenido la doctrina:

".....

"C) Asociaciones o corporaciones de participación mixta. De acuerdo con el art. 6o. del decreto 130, son las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro, con la participación de entidades públicas y de particulares. Estas entidades están sometidas al mismo régimen de las corporaciones sin ánimo de

lucro completamente privadas, o seas, las normas previstas para ellas en el Código Civil y demás disposiciones sobre la materia, sin que influya la proporción del capital público.

"....

"E) Fundaciones de participación mixta. Son las personas jurídicas que se crean para fines de interés público o social, sin ánimo de lucro y bajo la forma de fundaciones, con recursos de entidades públicas y de particulares. Estas entidades se someten a las normas previstas para las fundaciones en el Código Civil y demás disposiciones que existan sobre la materia sin interesar las proporción del capital público aportado.

"Las fundaciones se diferencian de las asociaciones o corporaciones sin ánimo de lucro en que las primeras están constituidas únicamente por un conjunto de bienes afectado a una finalidad común o de intereses público o social, mientras que las segundas obedecen, además, a una agrupación de personas. Es decir, que en la fundación no hay personas asociadas sino simplemente un conjunto de bienes dotados de personería jurídica y afectados a una finalidad pública o social.

"Un ejemplo típico sería que una entidad pública, como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aportara recursos junto con particulares para fundar un hospital, o aún un centro de enseñanza. También podemos mencionar dos ejemplos citados por TAFUR GALVIS: la Fundación para la conservación y restauración del patrimonio cultural colombiano y la Fundación Altares de la Patria". (RODRIGUEZ, Libardo, "Derecho Administrativo". Edit. Temis, 7a. edición, pág. 110 y 111, 1994).

Los Auxilios y Donaciones del artículo 355 de la C.N.

Desde la Reforma Constitucional de 1968, frente al conocido proceso de pesos y contrapesos entre el poder ejecutivo y el Congreso, se incorporó en la Carta Política la posibilidad de realizar un manejo presupuestal, orientado teóricamente, a atender necesidades sociales, principalmente del tipo asistencial, que autorizaba el traslado de fondos públicos a particulares, quienes tendrían el encargo de aplicar los dineros recibidos, a los fines preestablecidos por la norma presupuestal.

Los auxilios operaban de distinta manera. Una partida globalmente registrada en el presupuesto era dividida por partes iguales entre los distintos departamentos, sin tener en cuenta, ni la población ni las necesidades sociales a atender. El sistema consistía en otorgar a congresistas de cada departamento una autoría del gasto, resultando de lo anterior, adicionalmente un desequilibrio en el tratamiento a los congresistas proveniente de su diferencia numérica en uno y otro departamento. En otras oportunidades, que la práctica hizo habituales, el ejecutivo se reservaba un monto global de partida presupuestal, reconociendo como gestores a algunos congresistas, en especial de las comisiones de presupuesto de cada una de las cámaras.

Este manejo presupuestal, fue objeto de críticas en varios sentidos: en primer lugar, se acusaba el uso de los dineros así destinados de inmoral y corrupto, por resultar esos dineros públicos en oportunidades, en el patrimonio de algún miembro, de una corporación pública; en segundo lugar, se criticó el sistema de auxilios en tanto resultaba un mecanismo de financiación de las campañas electorales, y un mecanismo de adhesión del electorado al Congresista que los había obtenido; en este sentido resultaba un

sistema institucionalizado en el orden constitucional y legal que distorsionaba la práctica y el valor propios de la democracia; en tercer lugar, se criticaban los auxilios por su poca eficiencia en el gasto público, que se originaba, en la falta de control fiscal en la administración de los montos que los conformaban.

Las anteriores críticas dieron como resultado que el constituyente de 1991 prohibiese esa modalidad de auxilios, de suerte que ninguna de las ramas del poder público puede en adelante decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Sin perjuicio de que el Gobierno en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal, pueda, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, de acuerdo con los planes de desarrollo.

No comprende la norma superior comentada, pues, como ella misma lo indica, la prohibición de manera absoluta de cualquier tipo de transferencias de dineros públicos a entidades privadas. Se observa en el propio precepto la posibilidad de hacer dichas destinaciones de dineros públicos a "personas privadas", y que sean de "reconocida idoneidad", y "con el fin de impulsar programas y actividades de interés público, de acuerdo con los planes de desarrollo".

Los alcances del artículo 355 de la Constitución Política, han sido comentados por autorizados doctrinantes y constituyentes, de la siguiente manera:

"A través de esta disposición se pretende eliminar por vía activa, vale decir como prohibición expresa, la práctica de los llamados 'auxilios parlamentarios' surgidos al amparo de las normas de la Carta derogada que atribuía al Congreso la facultad de 'fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo' (artículo 76-20) y le otorgaba autonomía presupuestaria a las cámaras (artículo 208, parágrafo), normas que no tiene equivalente en el nuevo Estatuto Constitucional, salvo en el artículo 305-6, que deberá ser analizado cuidadosamente por el Gobierno nacional, para que en el reglamento respectivo se coordine con este artículo. En realidad lo que sucede ahora es que se desplaza al ejecutivo tal función de fomento a través de un mecanismo contractual cuyo fin es, en esencia, el mismo. El propósito es el de permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometido a los mecanismos de verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que se desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores. Llama la atención la facultad reglamentaria que la propia Constitución atribuye aquí al Gobierno nacional, precisamente con el ánimo de preservar esta figura de desviaciones. Por esta vía se mantiene, aunque en un ámbito mucho más específico y reducido, la figura de los 'reglamentos constitucionales autónomos' que tantos debates jurisprudenciales suscitó en el pasado". (Carlos Lleras De La Fuente y otros, Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia, Edit. Cámara de Comercio de Bogotá, pág. 586 y 587, 1992).

Y se ha puntualizado:

"Por último, la Asamblea se empeñó en prohibir a las ramas y a los órganos del poder público decretar auxilios y donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. No obstante, y luego de un continuo forcejeo, a manera de excepción se aprobó un artículo de mi cosecha, el 355, para que, ayudadas por el fisco, instituciones de reconocida idoneidad puedan seguir desarrollando sus tareas humanitarias en beneficio de los sectores más desprotegidos de la sociedad. Para acceder a tales recursos oficiales las instituciones deben pasar los controles y filtros que la norma impone, con el fin de evitar eventuales abusos y corruptelas. De allí que se exige la celebración de un contrato previo de las entidades privadas con el Gobierno en cualquiera de los niveles nacional, departamental, distrital o municipal. Además, deberán acreditar que se trata de entidades sin ánimo de lucro, probar su idoneidad y que realizan programas y actividades de interés público en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. A la luz de esos términos de referencia, la norma citada autoriza al Gobierno para reglamentar la materia, en el entendimiento de que a esas solicitudes, cuando procedan, se les dará satisfacción con los recursos de los presupuestos nacional, departamental, distrital o municipal, según el caso." (PALACIO RUDAS, Alfonso. El Congreso en la Constitución de 1991. Edit. Tercer Mundo, pág. 143, 1992).

Más aún, no es el artículo 355, el único precepto de la Constitución que se refiere a la posibilidad de que los particulares actúen en concurrencia con las entidades públicas; concurrencia que implica necesariamente la destinación de dineros públicos a entidades privadas, o de carácter mixto, como lo prevé el artículo 6o. acusado.

Es así como la Carta Política en materia de seguridad social dispone la acción del Estado, "con la participación de los particulares; para la ampliación de su cobertura (art. 48); en materia ambiental, atención de la salud y saneamiento, autoriza un triple orden de competencias (nacionales, territoriales y particulares) y la determinación de "los aportes" a cargo del Estado en los términos de ley (art. 49); en materia de desarrollo y "fomento" de la tecnología, preceptúa la creación de "incentivos" para personas e instituciones que desarrollen y fomenten la ciencia, la tecnología y la cultura y "ofrecerá estímulos especiales a personas e instituciones que ejerzan estas actividades" (art. 71); en materia de servicios públicos, se autoriza su prestación "directa o indirectamente", por comunidades organizadas o particulares (art. 365). Normas superiores todas que autorizan la concurrencia entre intereses públicos y privados, para el cumplimiento de mandatos constitucionales y legales que los desarrollen.

El Estado Social de Derecho impone a las entidades públicas el compromiso de atender las exigencias y aspiraciones de la sociedad, no sólo de manera directa, a través de sus propias acciones, sino también mediante medidas indirectas, en auxilio de la gestión particular, o de naturaleza mixta. De donde se desprende la posibilidad legal de preceptuar medidas de fomento de determinadas actividades, con o sin ánimo de lucro, por ejemplo con tasas diferenciales de impuestos o líneas especiales de fomento que materialmente pueden aparecer como actos de liberalidad asimilables a las donaciones, pero no puede decirse que se esté en presencia de un contrato de donación, tal como se concibe en la ley civil. Incluso apoyos, subsidios o subvenciones más directos tampoco pueden tenerse como contrarios a lo dispuesto por el artículo 355 de la Carta Política, sino que por el contrario, son acciones autorizadas y promovidas por el ordenamiento superior, tal el caso de la protección especial de las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.N.), que pueden recibir aportes directos del Estado, por mandato legal, sin que estas

liberalidades puedan entenderse como contrarias, se repite, al tantas veces mencionado art. 355.

La Carta Política, además del precepto general sobre prohibición de auxilios y donaciones contenido en el artículo 355, de manera específica se refiere a transferencias a particulares de dineros públicos, con el fin de prohibirlas en el artículo 136 num. 4, que expresa la prohibición de auxilios en favor de "personas o entidades", norma que parcialmente es reproducción del artículo 78 ordinal 5 de la Constitución Política de 1886; e igualmente el artículo 180 dentro de las prohibiciones a los congresistas, señala la de celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas, tratando de que no sean más los congresistas los autores que de distinta manera intervengan en el desarrollo de las actividades adelantadas por personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Este mismo precepto cuando autoriza la existencia de personas naturales o jurídicas de derecho privado, como las corporaciones y fundaciones de participación mixta a que se refiere el artículo sexto acusado, pone de presente que es claramente admitido por el constituyente, que ellas "manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de éste".

Se detiene la Corte en distinguir entre los aportes que pueden hacer las personas jurídicas de derecho público, en desarrollo de su objetivo fijado en la Ley, funciones eminentemente ejecutivo administrativas, que tienen que ver con el suministro de bienes y la prestación de servicios, propias del Estado Social de Derecho, que no son el destino de las prohibiciones a que se refiere el artículo 355.

Como atrás quedó expresado era el manejo de los auxilios por los miembros de las corporaciones públicas, el que se prohibió en la Carta de 1991, por cuanto esos auxilios recibieron críticas admitidas por el constituyente.

De lo que no puede colegirse que los aportes que se realicen con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (artículo 355 C.N.), por parte de entidades públicas del orden nacional, descentralizado, o territorial sean contrarias a la Constitución, pues esta misma autoriza la participación de particulares o de comunidades organizadas, en la prestación de servicios públicos (art. 356 C.N.), resultando acorde con la Constitución la concurrencia para tales fines entre acciones del estado y los particulares, por ejemplo, mediante empresas de economía mixta.

Se repite que los aportes que traen implícita una acción coordinada, de cooperación, entre la administración y los particulares, para asociarse a fin de perseguir un interés público, que es propio de la existencia misma de la institución pública aportante, son una realidad jurídica y fáctica distinta a la que quiso prohibir el constituyente de 1991 cuando se refirió a los auxilios y a las donaciones. Por cuanto estos aportes persiguen fines sociales específicos que son consustanciales a la eficacia, economía, igualdad, moralidad, celeridad, mediante procesos que buscan aprovechar las mejores oportunidades administrativas institucionalmente disponibles, de reconocida respetabilidad o en las voces de la Constitución, de reconocida idoneidad, ser partes contractuales "con el fin de impulsar programas y actividades de interés público". Aportes públicos que deben estar precedidos de las suficientes precauciones, garantías y controles, de suerte que no se traicionen los fines públicos perseguidos.

No se trata con ellas de liberalidades constitutivas de privilegios en favor de particulares (art. 136 num. 4), ni de fraudulentos desvíos de los bienes que integran el tesoro público en beneficio privado, sino de la disposición de los mismos en interés público, en concurrencia con modalidades contractuales que combinan sus acciones, sin ánimo de lucro en interés público, y que resulten acordes con los planes nacionales y seccionales de desarrollo (355 C.N.).

Tanto es así que en varios preceptos de la Carta existen referencias directas a la posibilidad de aportes de bienes particulares en la constitución de sociedades de economía mixta (art. 150 num. 7o., artículo 300 num. 7o., artículo 313 numeral 6o. C.N.). Aportes estos que no pueden considerarse auxilios y que se encuentran esencialmente idénticos a los aportes autorizados en el artículo 6o. en el Decreto 130 de 1976, sin perjuicio de que la forma de las instituciones difiera e incluso de que puedan tener un régimen legal distinto.

Una interpretación sistemática de la Carta Política lleva a la Corte a concluir que los fines esenciales del Estado, de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, deberes y derechos constitucionales (art. 2o. C.N.), así como los fines esenciales de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, administrativa y cultural de la Nación, permiten que el Estado, como lo autoriza el artículo 6o. del Decreto-ley 130 de 1976, pueda aportar en la constitución o participar en las ya constituidas personas jurídicas particulares, haciendo aportes con ánimo de asociación o colaboración, cuando dichas personas se creen para fines de interés público social, sin ánimo de lucro. Porque así entiende el legislador que las obligaciones constitucionales y legales del Estado, de proteger los intereses públicos o sociales, pueden cumplirse adecuadamente, como lo previene la misma norma examinada, claro está en concordancia con las disposiciones jurídicas pertinentes.

La única obligación de las agencias públicas es cumplir con los fines específicos que les imponen la Constitución y las leyes, y de ajustarse en dicho cumplimiento a lo que éstas y aquella les ordenen.

Adicionalmente nos apartamos del criterio expresado en los considerandos de la sentencia, según el cual esta Corporación no puede "desatender el espíritu del constituyente toda vez que éste se impone sobre los propios términos en que se expresa", pues resulta contrario a las más elementales normas de la hermenéutica jurídica que, para evitar peligrosos subjetivismos en la interpretación jurídica ha planteado, justamente todo lo contrario de manera que, "cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu" (artículo 27 del C.C.). Distorsionando modernas tendencias de la interpretación jurídico-constitucional, se considera en la decisión la posibilidad de adivinar un espíritu del constituyente, no de principios valores o postulados de la Constitución, ni de su sistema, sino de un espíritu realmente inexistente en el constituyente de 1991. Pues los principios de racionalidad del discurso normativo, del sistema de la Constitución, de los fines del Estado, del bloque de constitucionalidad, no autorizan a negar el texto literal de la Carta, sino a ampliar y adecuar sus preceptos a la historia, al ordenamiento jurídico, a la realidad **social** y **económica**, y a los principios jurídicos que la informan.

La curiosa consideración sobre el régimen legal aplicable a las sociedades, fundaciones o corporaciones de economía mixta, desconoce la evolución de estas agencias que

cumplen funciones públicas con aportes mixtos, en cuanto a su régimen aplicable, régimen que está al origen mismo de su diseño legal, vale decir, de su propio surgimiento. Así las sociedades de economía mixta son definidas en el artículo 8 del Decreto 1050 de 1968, como "organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley y autorizados por esta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagre la ley". De donde surge que se aplica el derecho privado en las actividades normales en sociedades de economía mixta. Sin perjuicio de los criterios dominantes en la materia expuestos en la sentencia del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 1970 extractables así:

1- En aquellas sociedades en que la participación estatal sea menor del 50% de su capital social, los empleados se consideran particulares, sujetos, por tanto, íntegramente al Código Sustantivo del Trabajo y a la jurisdicción laboral común.

2- En aquellas sociedades en que la participación estatal sea igual o superior al 50% y menor del 90% del capital social, los empleados tienen la calidad de trabajadores oficiales, sometidos en consecuencia a una mezcla de derecho laboral administrativo y de derecho laboral común;

3- En las sociedades en que la participación estatal sea igual o superior al 90% del capital social, la mayoría de trabajadores serán trabajadores oficiales, pero los de dirección y confianza que se señalen en los estatutos serán empleados públicos, sometidos, por lo mismo, al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

Y agrega la doctrina: "En cuanto al régimen jurídico aplicable, debe tenerse muy en cuenta que los artículos 3 del Decreto 3130 de 1968 y 3 del Decreto 130 de 1976; establecen que las sociedades de economía mixta en las que el Estado o sus entidades descentralizadas tengan aportes iguales o superiores al 90% del capital social, se sujetan al régimen en lo previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado. Debe notarse que no se trata de aplicarles por regla general el derecho público, ya que a las empresas también se les aplica por regla general el derecho privado. Lo que sucede es que, como ya lo hemos visto, en relación con aquellas materias, las empresas presentan mayor número de excepciones en las que se aplica el derecho público". (Libardo Rodríguez R. Derecho Administrativo. Edición Temis 1994. pág. 105).

El Código de Comercio, amplía la naturaleza de los aportes estatales en su artículo 463, indicando que pueden consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, las obligaciones de la sociedad o suscripción de los bonos que ella emita, o concesiones, etc. A su vez el artículo 410 entiende "por aportes estatales, los que hace la nación o las entidades territoriales o los organismos descentralizados de las mismas personas".

De donde se infiere que no existe como lo sostiene la mayoría, que el carácter mixto en cuanto reciben aportes del Estado genera una falta de "verdadero principio causal de razón suficiente que ordene las dos consecuencias jurídicas". Quejándose adicionalmente que el artículo 6 acusado impone un tratamiento jurídico de personas de derecho privado, reparo que acusa un desconocimiento de la tendencia universal que en materia del régimen que les es aplicable a las instituciones de interés social, a más de la legislación interna y de los propios contenidos constitucionales que las autorizan, los cuales acogen

al derecho privado, como el artículo que les es aplicable a fin de asegurar su mayor flexibilidad y eficacia.

De otra parte, son contradictorios los considerandos de la sentencia en tanto declaran que si podrían existir las entidades privadas mixtas, mediante la celebración de contrato y conforme al plan nacional de desarrollo, alegando un vacío jurídico, que tiende a llenar, declarando la inexequibilidad del precepto.

Desconoce la consideración comentada la expresa autorización constitucional de las sociedades de economía mixta, de suerte que si les fuese a éstas aplicable la consideración de que nos apartamos, tampoco podrían existir éstas, resultando inválidos desde el punto de vista constitucional los particulares argumentos de la decisión.

De otra parte no es cierto que no se podían establecer controles de distinta índole administrativos, fiscales, económicos, de resultados, sobre los aportes públicos que se preveían en el artículo 6 declarado inexequible, y que éstos resultan exentos del interés general y su prevalencia natural.

Fecha Ut supra,

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Gaceta Constitucional No. 77 del 20 de mayo de 1991; pág. 11.
2. Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia No. T-406/92. del 5 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.
3. Corte Constitucional. Sala de Revisión. Sentencia No. T-426/92. del 24 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz
4. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia No. C-337/93. del 19 de agosto de 1993. Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.